



De la justicia actual a la justicia real

Análisis con respecto a la eficiencia de la administración de justicia basado en un estudio comparativo entre el arbitraje nacional como mecanismo alternativo de resolución de controversias y el aparato jurisdiccional estatal.

Propuesta de reforma legislativa de la normatividad compilada en el Decreto 1818 de 1998. De los asuntos sujetos a arbitramento, de la interpretación del concepto de transitoriedad de los árbitros y de las causales de terminación del proceso arbitral. Reforma propuesta mediante proyecto de reestructuración, racionalización y modernización del Estado cuyo objetivo es reasignar funciones y competencias previstas en la Constitución o las leyes, como es el caso de la competencia para conocer acerca de asuntos no sujetos a transigibilidad, así como de la competencia *post-laudo* para garantizar el cumplimiento del mismo.

1. ESTRUCTURA

El presente texto pretende mostrar que, en vista de que la justicia impartida por la rama estatal es insuficiente e ineficaz, es necesario tanto promover los mecanismos alternativos de solución de controversias, específicamente el arbitraje, como eliminar los obstáculos procedimentales que, en sujeción a la normatividad vigente, dificultan el desarrollo del proceso arbitral. Este texto compara el proceso de impartición de justicia en manos del Estado con el mismo, en manos de particulares. Esto, con la finalidad de mostrar la importancia del segundo como herramienta fundamental dentro del marco de un Estado social de derecho y de garantía y protección de derechos individuales y colectivos. En este ensayo se propone una ampliación en el campo de acción de los asuntos sujetos a arbitramento con la finalidad de dilatar e intensificar el derecho al acceso real y material a la justicia por parte de sus titulares. Finalmente se enuncian los obstáculos procedimentales vigentes, contenidos en el Decreto

1818 (i) y se propone una reforma a dicho Estatuto en aras de proteger los principios esenciales del pacto arbitral y de promover el acceso a la justicia particular.

2. INTRODUCCION: DEL ALCANCE DE LA JUSTICIA Y DE SU RELACION CON EL ARBITRAJE

El arbitraje debe considerarse como uno de los principales mecanismos constitucionales enfocados en la obtención del fin último del estado de derecho, siendo éste, la real y material distribución de justicia (Padilla, 2010). El presente ensayo parte de una tesis cuya compresión es fundamental para el desarrollo del mismo: el instrumento de mayor significancia en un Estado no son los derechos ni los principios o los deberes consagrados en la Constitución Política, sino es aquello que permite efectivamente garantizar y proteger dichos derechos, en cuanto a que estos últimos no tienen sentido ni alcance alguno si su observancia no puede ser efectivamente tutelada. No es la intención, sino la protección real de los derechos, entonces, lo que se debe entender como la justicia. En este sentido, dentro del contexto de este escrito, la justicia no se refiere a un ideal abstractoⁱⁱ, sino como a un concepto íntegro, concreto, palpable y aplicable. En palabras de la Corte Constitucional, “En efecto, como se estableció, uno de los pilares fundamentales del Estado social de Derecho es la prestación seria, responsable y eficiente de la Justicia, a través de la cual es posible la materialización de un orden justo caracterizado por la convivencia, la armonía y la paz.” (T-522/94. MP. Antonio Barrera Carbonell)

La justicia en términos ideológicos (ii) es entonces una idea innata basada en un conocimiento puro, racional y producto de las naturales condiciones del entendimiento humano (iii) encaminada a alcanzar la ecuanimidad y equidad, sin embargo de poco sirven los ideales innatos cuando la intención no resulta en su aplicación efectiva ni se refleja en la realidad del Estado.

Aunque no debiese haber una brecha tan marcada entre el deber ser y el ser, no es posible decir que estos dos conceptos, dentro del ordenamiento jurídico Colombiano, sean estrictamente homogéneos. Los derechos fundamentales, los principios constitucionales así como los demás derechos y deberes consagrados en la Carta están encaminados en su totalidad a promover una sociedad justa y, en la medida de lo posible, equilibrada. No obstante, poco sirven dichos preceptos cuando en la práctica no se evidencia el funcionamiento de mecanismos que los materialicen y coaccionen su observancia de manera expedita.

i. Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos. Compila la Ley 446 de 1998, la Ley 23 de 1991, el Decreto 2279 de 1989 y las demás disposiciones vigentes

ii. Por ejemplo, “Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi”. La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien su derecho. Definición de Dominio Ulpiano. Jurista Romano del Siglo III.

iii. Definición de Justicia del Diccionario de la Real Academia Española. Novena Edición.

Sin perjuicio de lo contenido en textos legales, en la realidad hay una errónea concepción, interpretación y aplicación de los alcances de la justicia ya que ésta sólo pareciese funcionar en aquellos casos donde se evidencia una clara vulneración de un derecho fundamental directamente o por conexidad. Si bien en ningún momento se propone desconocer la primacía de este tipo de derechos, sí debe aclararse que el derecho a la justicia está en cabeza de todos y con respecto a todos los derechos y no únicamente en cabeza de quienes han sido víctimas del desconocimiento de un derecho de primera generación.

Los derechos sociales y culturales, los patrimoniales, el incumplimiento de obligaciones contractuales, las controversias de tipo económico, y demás condiciones que no sean consideradas como vulneración a un derecho fundamental, y que por conexidad tampoco adquieran tal calidad, también deben ser resueltas expeditamente en aras de cumplir con la función de administrar justicia. Primero, porque su subordinación no los hace insignificantes, segundo porque son derechos en cabeza de los individuos y deben ser reconocidos, tercero porque promueven el crecimiento y el desarrollo social y finalmente porque es obligación del Estado garantizar el acatamiento de leyes y normas vigentes.

Los anteriores casos, no sujetos a la acción de tutela, son diferidos y cuando su cumplimiento está en cabeza del Estado, la observancia no es garantizada a corto plazo como debería ser, por lo cual en muchos casos dichas violaciones terminan no siendo resarcidas, e incluso, siendo impunes.

Por lo tanto, al integrar el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos se les otorga una mayor protección a los derechos no fundamentales y, a su vez, se posibilita el ejercicio del derecho al acceso de justicia. La justicia es la infraestructura sobre la cual se cimienta la superestructura nacional, y el arbitraje, al ser una herramienta para la construcción y estabilidad de dicha infraestructura adquiere una importancia vital dentro del desarrollo del Estado.

3. DE LA CONSTITUCION POLITICA DE 1991, DE LA JUSTICIA Y DE LA FACULTAD OTORGADA A LOS PARTICULARES PARA IMPARTIRLA

La Constitución de 1991 trajo consigo un significativo número de reformas y adiciones al ordenamiento Colombiano. No obstante cabe preguntarse: ¿De qué sirven tales reformas y adiciones si su protección no está materialmente garantizada? Para responder lo anterior es necesario hacer una distinción entre lo que consagra la Carta y la real aplicación de dichas disposiciones. Es decir, que si bien es claro que mediante el escrito se garantizan una serie de derechos, principios y la observancia de determinados deberes, en la práctica esto no se ve necesariamente reflejado.

Los cambios que trajo consigo la Constitución de 1991 fueron tanto dogmáticos como orgánicos. Por un lado, la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales, así como derechos colectivos. Por el otro, la Carta reestructuró los órganos de poder con el fin de promover la protección y cumplimiento de los derechos y principios relativos a la razón de ser de un Estado social de derecho.

Quizás uno de los cambios más significativos quedó consagrado en el Art 116 (iv) de la Constitución. En dicho precepto el constituyente facultó transitoriamente a los particulares para impartir justicia, es decir, que la jurisdicción dejó de ser una facultad exclusiva del órgano estatal y pasó a estar, también, en cabeza de particulares. Esta novedad, principalmente una reforma orgánica, implicó a su vez grandes transformaciones dentro del campo dogmático. En cuanto al criterio orgánico, el mencionado artículo delimitó la facultad de impartir justicia y erradicó así el monopolio de la justicia estatal. Por otra parte, esta reforma implicó tácitamente un mayor reconocimiento y protección de los derechos constitucionales en cuanto a que, como será estudiado más adelante en este escrito, se creó de un mecanismo capaz de administrar justicia de forma eficaz.

“El desarrollo legal de la institución arbitral tiene un claro fundamento constitucional -ya referido-, que permite la atribución de funciones judiciales a los particulares. Dicha autorización no puede concebirse como una forma de limitar el derecho fundamental de acceso a la justicia que el propio ordenamiento superior reconoce a todos los ciudadanos; en primer lugar hay que recordar que cualquier regulación en materia de arbitraje debe fundarse en el respeto estricto de derechos fundamentales como el debido proceso y la igualdad entre todas las personas; por otro lado, en razón de que los árbitros -como los jueces ordinarios- deben (i) cumplir con términos perentorios y (ii) que sus pronunciamientos están sometidos a la revisión eventual por parte de otras autoridades además de contar con el poder vinculante de cualquier sentencia.”(C-014/10)

En este sentido, el alcance de dicho precepto constitucional ha tenido efectos sobre aspectos tan elementales que van desde la mayor y real protección de sujetos de derecho hasta la modernización y posibilidad de desarrollo del Estado en virtud de una mayor inversión económica extranjera derivada de políticas garantistas de la primordial seguridad jurídica. Con la inclusión del Art.116 Colombia entonces ha experimentado significativos cambios progresistas.

iv **ARTICULO 116.** La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Ahora bien, las principales reestructuraciones orgánicas efectuadas a la rama judicial se caracterizan por su amplitud y diseño para dar respuesta a los preceptos dogmáticos constitucionales (Porto, 2008). Sin embargo, éstas hoy en día parecen ser insuficientes y tener grandes falencias. Por lo anterior se le debe otorgar especial atención e importancia a los mecanismos que coadyuvan en el ejercicio de la función jurisdiccional, tales como el arbitraje. La Corte, al controlar constitucionalmente esta disposición, reconoció que el arbitramento es “un mecanismo alternativo de solución de conflictos autorizado por la Constitución (art. 116 CP), a través del cual, previa autorización del legislador, las partes pueden investir a los particulares de la función de administrar justicia.” (C-186/11, C-893/01). Esta concepción del arbitramento, como una modalidad por medio de la cual se ejerce función jurisdiccional plena, ha sido constante en la jurisprudencia de la Corte.

Así mismo, en la mencionada sentencia C-183/11, la Corte aclaró que “la institución arbitral en nuestro ordenamiento tiene el carácter de un proceso, que garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aun, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros. La Corte ha dicho que el arbitramento es un verdadero procedimiento judicial en sentido material, en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso.”

4. DEL ESTADO DE LA JUSTICIA EN COLOMBIA, DE SUS INDICADORES Y DE LA RELACION CON EL ARBITRAJE

“Esencial de la justicia es hacerla sin diferirla. Hacerla esperar es injusta.” (De La Bruyere, Jean. 1668)

El Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría, por medio de su Observatorio Legislativo, aclaró en escrito de mayo de 2009 que, sin perjuicio de que la Constitución Política garantiza el acceso de todos los ciudadanos a la justicia, en los últimos años la capacidad del sistema judicial (v) para atender al gran volumen de procesos radicados se ha visto copada, generando congestión de los despachos judiciales y atraso en el trámite (vi). La baja eficacia de la administración de justicia se ve reflejada en los altos niveles de impunidad

v. en Colombia, esta función es ejercida por la rama judicial, la cual está integrada por la jurisdicción ordinaria (que comprende las áreas civil, familia, laboral y penal), la contencioso-administrativa y la constitucional, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respectivamente y su organización se encuentra a cargo del Consejo Superior de la Judicatura (CSJ). Datos proporcionados por el Instituto referido.

vi. Índice de de evacuación parcial: 111%. Índice de evacuación total: 42%. Cifras proporcionadas por el portal de internet de la rama judicial a Mayo de 2011. Consultado el 24 de Mayo de 2011. Disponible en http://www.ramajudicial.gov.co/csj/index.jsp?cargaHome=3&id_subcategoria=948&id_categoria=359

judicial y en el deterioro de la credibilidad de la población en la capacidad del sistema para solucionar sus controversias.

Ahora bien, dentro del derecho a recibir justicia se comprende la impartición eficaz de la misma en cuanto a que no es lo mismo impartirla eventualmente que hacerlo de manera inmediata o en su defecto, dentro de un plazo razonable. (vii) En Colombia no puede decirse que haya un aparato jurisdiccional eficaz, eficiente y efectivo, sino por el contrario una institución saturada, lenta, con trámites ineficientes y excesivos formalismos.

La justicia no se compone únicamente de la resolución de conflictos ligados a la vulneración de un derecho fundamental, sino de la rápida pronunciación con respecto a todos los asuntos que susciten controversia alguna y que menoscaben o interfieran con los derechos de los cuales se es titular, sin importar la naturaleza de éstos. Como se dijo anteriormente, si bien la tutela es un mecanismo eficaz, los derechos no sujetos a protección tutelar también merecen ser reconocidos y recibir un trámite rápido.

La situación actual de la justicia estatal colombiana es precaria. En el mes de febrero, en el último informe publicado por “Doing Business” (viii) a cargo del Banco Mundial, se hizo un extenso análisis a nivel mundial de los principales factores que influyen la competitividad y la idoneidad para desarrollarse socio-económicamente de los países evaluados. El informe, el cual proporciona una medición objetiva de las regulaciones para hacer negocios, incluyó a 183 países. Uno de sus componentes a revisar fue el estado de la justicia de cada país el cual fue analizado mediante un examen sobre el cumplimiento de contratos por vía judicial, indicador que permitió evaluar la competitividad de la administración de justicia por parte del ente estatal. (ix)

Los resultados fueron críticos para Colombia. Mientras que el promedio de duración de un proceso judicial en América Latina y el Caribe es de 707 días, y en los Países miembros de la Organización y Cooperación para el Desarrollo Económico (de la cual Colombia no hace parte) se registra un promedio de 517.5 días, el promedio de duración del proceso judicial en Colombia es de 1346 días. Así mismo, el costo del proceso

vii. A manera de ejemplo podría decirse que no es lo mismo el derecho a la salud entendido como recibir un tratamiento médico a los 5 meses cuando ha avanzado la enfermedad que recibirlo al momento de solicitarlo, claro está, respetado el procedimiento adecuado para su recepción.

viii. Doing Business en Colombia 2008, 2010

ix. Para la medición de cumplimiento de contratos se mide el tiempo que dura un litigio comercial, así como el costo del mismo y el número de procedimientos que lo componen.

x. Fundada en 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos agrupa a 34 países miembros comprometidos con la democracia y una economía de mercado, cuya finalidad es: Apoyar el desarrollo económico sostenible, incrementar el empleo, elevar los niveles de vida, mantener la estabilidad financiera, apoyar el desarrollo económico de otros países, contribuir al crecimiento del comercio mundial. La organización es un foro único en donde los gobiernos pueden comparar sus experiencias, buscar respuestas a problemas comunes, identificar las mejores prácticas y trabajar para coordinar políticas económicas y sociales tanto a nivel nacional como internacional

colombiano equipara casi en un 50% (47.9%)xi el valor de las pretensiones de la demanda. (VER GRAFICA1 EN ANEXOS)

Cumplimiento de contratos por vía judicial

GRAFICA 1.

Indicador	América Latina y el Caribe		
	Colombia		OCDE
Procedimientos (número)	34	39,8	31,2
Tiempo (días)	1.346	707,0	517,5
Costo (% de cantidad demandada)	47,9	31,2	19,2

Entre las 183 naciones estudiadas, y en lo relativo a la administración de justicia estatal, Colombia ocupó en el año 2010 la posición número 152; dentro de Latinoamérica y el Caribe el indicador nos ubica en el puesto 25 entre 32 países, números que además de ser críticos, son ligeramente más altos que las posiciones ocupadas en el mismo estudio llevado a cabo en el 2008. (xii)

Tal y como lo afirmó el Ministro del Interior y Justicia, Germán Vargas Lleras durante el foro “Expogestión Caribe”, “Datos como éstos evidencian serios problemas en la Administración de Justicia que no sólo impiden avanzar en competitividad, sino también materializar los derechos y alcanzar la paz”. Así mismo, indicó que uno de los problemas: “se debe a la existencia de un marco normativo deficiente, en extremo formalista y desactualizado”.

Estos indicadores muestran entonces, que el sistema judicial colombiano es uno de los más lentos y costosos del mundo.

Por otro lado, desde una perspectiva interna y específicamente en cuanto a la evolución (o retroceso) de las 13 ciudades que también fueron objeto de medición en el estudio llevado a cabo hace dos años, en un informe presentado por la Corporación Excelencia de la Justicia en enero de este año se explicó que “es preocupante la situación de Cali, Cartagena y Villavicencio. En la capital del Valle, la duración de los procesos

xi. En este porcentaje se comprenden tanto los honorarios del abogado como los pagos a la Corte y los de ejecución en porcentajes equivalentes al 23.2%, 12.6% y 12.1% respectivamente.

xii. El país descendió de la posición 149 en 2008 a la posición 152 en 2010, de 183 Naciones estudiadas

se incrementó de 1.120 días en 2008 a 1320 días en 2010 (equivalente a un 18%), mientras que su costo pasó a ser del 27% de las pretensiones en 2008 al 35,7% en 2010 (es decir, un incremento de 8,7 puntos porcentuales). Cartagena registró incrementos de 11% en el tiempo de los procesos (pasando de 1170 días en 2008 a 1300 días en 2010) y 14,5% en cuanto a su costo (registrando un 44,8% del valor de las pretensiones en este año, mientras que en 2008 costaban 30,3% de las mismas). Villavicencio registra la peor evolución en materia de cumplimiento de contratos, dado que en los últimos años los procesos llevados en esta ciudad incrementaron su duración al pasar de 422 días en 2008, a 587 en 2010, mientras que su costo pasó de 22,6% de las pretensiones en 2008, a 32,1% en 2010. Únicamente dos de las trece ciudades mencionadas registraron descensos en el número de días de duración de sus procesos (Medellín y Santa Marta), a la vez que cuatro reportaron disminuciones en su costo (Barranquilla, Manizales, Pereira y Popayán) (xiii). Sin embargo, dichas disminuciones no resultan sustanciales, lo cual se refleja en el hecho de que el país ocupe la posición que tiene actualmente.”

Otro estudio publicado por el Foro Económico Mundial durante el segundo semestre de 2010 y como parte de la entrega del Global Competitiveness Report ,el cual tiene como objetivo efectuar una medición anual sobre doce aspectos considerados por dicha organización como pilares de la competitividad de un país, preguntó a empresarios asentados en el país acerca de su percepción sobre la eficiencia y neutralidad del marco legal colombiano, sobre la existencia de mecanismos adecuados y pronto para la resolución de conflictos y sobre la revisión y eventual cuestionamiento de las regulaciones y actuaciones gubernamentales.

La misma Corporación ya mencionada concluyó que, con base en la delicada situación, se hacen imperativas reformas a la estructura de la justicia, a fin de que disminuyan los costos y los tiempos que implica el desarrollo de un litigio en el país. Todo esto debe ir acompañado de medidas que busquen mejorar la gestión al interior de los despachos judiciales. En todo caso, no se debe olvidar que la situación actual repercute negativamente sobre la competitividad del país a la hora de garantizar un adecuado escenario para la inversión privada, lo cual resulta incidiendo en la economía colombiana. (Corporación Excelencia de la Justicia , 2011)

En análisis con respecto al estudio también se concluyó que: “Los resultados de la medición muestran a Colombia como un país cuya percepción sobre el marco legal es sobresaliente en Suramérica, pero inferior al

xiii. Los barranquilleros confían a medias en la administración de Justicia. Fundación Protransparencia. Fecha : Octubre 11 de 2010. Dos de cada tres barranquilleros confía medianamente en la Justicia. Así lo revela una encuesta de la Fundación Protransparencia, aplicada a 1.062 usuarios de la Administración de Justicia en la ciudad. Los resultados revelan que el 12% confía poco, el 64% confía medianamente, y el 24% confía mucho. La primera encuesta de percepción sobre esta Rama arroja otros preocupantes indicadores: el 57% cree que la Justicia está paralizada, el 83% echa de menos la rendición pública de cuentas, y el 93% desconoce el plan de acción judicial. De igual manera, el 62% de los encuestados cree que la corrupción siempre afecta la administración de la justicia. Además, el 88% no conoce publicaciones del registro de jueces y magistrados, el 74% considera excesivo el tiempo para las sentencias, y el 87% ignora que la Rama Judicial evalúa periódicamente a los magistrados y jueces con base en su productividad y evacuación de inventarios en los despachos

promedio existente a nivel mundial. Durante el período 2007-2009, la posición de nuestro país ha oscilado entre la 60 y la 73 entre 139 países objeto del estudio, con calificaciones de 3.7 en el primer año y 3.4 en los dos siguientes; lo cual refleja la posición intermedia que Colombia ocupa en este tema.”

Así las cosas y con respecto a estos resultados puede decirse que, teniendo en cuenta que dentro de este segundo estudio no solo se evaluaron las acciones judiciales sino también los demás mecanismos de solución de conflictos, la existencia de éstos proporciona una (significativa mejoría en la situación actual de la justicia colombiana, especialmente en lo relativo a la competitividad del país, a la inversión extranjera y a la seguridad jurídica de los empresarios.

Si bien el arbitraje nacional y el internacional difieren en varios aspectos, es importante considerar la inversión extranjera y los mecanismos proporcionados para solucionar los conflictos que devéngense de ésta, por lo general el arbitraje internacional, en cuanto a que podrían acordarse como normas procedimentales las de un Centro de Arbitraje colombiano o en su defecto las aplicables a los arbitrajes nacionales. Así mismo debe tenerse en cuenta que los estudios mencionados también tuvieron en cuenta la normatividad aplicable al arbitraje internacional. (xiv)

En conclusión, “el balance es agri dulce para nuestro país. (Corporación Excelencia de la Justicia , 2011)” Mientras que los resultados del Banco Mundial, basados en una medición de tiempos procesales y costos para tramitar un proceso dentro de la justicia civil son reprochables y críticos, los indicadores de percepción empresariales, los cuales no excluyen la administración de justicia en manos de particulares, presentan el estado actual de la justicia colombiana en una situación considerablemente mejor. Sin embargo, en el mismo artículo mencionado, se afirma que “tanto la región como nuestro país se encuentran rezagados si se comparan sus resultados con los de las naciones más competitivas del mundo.”

Los indicadores muestran entonces que en Colombia, la confianza en la justicia aumenta drásticamente cuando se tienen en cuenta los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como un medio más para su aplicación.

En aras de mejorar estos números, si bien el gobierno colombiano debe centrarse, por un lado, en reformas institucionales, ya que es imperativa una mejoría en la eficacia del aparato jurisdiccional estatal, para la efectiva descongestión del sistema judicial se deben contemplar opciones ya existentes como el arbitramento. Consiguientemente, se considera, que un camino viable, cierto y seguro, es tanto propulsar los mecanismos de impartición de justicia privada, como la facilitación de dichos procesos, mediante la eliminación de ciertos obstáculos relacionados con la procedencia del arbitramento en Colombia. Primero

por la necesidad y la obligación que tiene el Estado de asegurar la eficaz administración de justicia y de descongestionar el sistema actual, segundo por la implicación que las cifras actuales tienen en la economía y en los estímulos para la inversión extranjera.

“Según estadísticas del Ministerio del Interior y de Justicia, al año se tramitan apenas unos 2 mil arbitramentos. Esta cifra hay que multiplicarla a fin de que el arbitraje sea en verdad una herramienta efectiva de descongestión judicial”, (Lleras, 2011). Así mismo, la Corte ha reiterado que “que el arbitraje es un mecanismo que hace valer los principios constitucionales de celeridad, eficacia y efectividad de la justicia, y es al mismo tiempo un importante vehículo para propiciar la participación ciudadana en la toma de decisiones” (C-014/10).

Por su parte, el ministro de Turismo, Industria y Comercio, Luis Guillermo Plata, aseguró que “Un buen clima de negocios exige que haya seguridad jurídica y una justicia tardía es una forma de negar justicia y de afectar la seguridad, pues cuando se presentan desacuerdos debe haber certeza de que éstos se han de solucionar con equidad y celeridad. Colombia hoy es el país con el mejor clima de negocios en América Latina, de acuerdo con el Informe Doing Business, pero nos preocupa que en materia de justicia estemos tan rezagados con respecto a la región y al resto del mundo”.

Sobre el punto recordó que Colombia se ha ganado este reconocimiento fruto de las reformas adelantadas en distintos temas (como los mecanismos alternativos para solucionar controversias comerciales) para mejorar el clima de negocios, las cuales han sido registradas por el Banco Mundial en el índice “Haciendo Negocios” y según el cual el país, en 2009, ocupó el puesto 37 entre 183 economías, lo cual significa que en tres años logró escalar 46 posiciones en el ranking.

5. DE LAS MEDIDAS ESTATALES DE DESCONGESTION DE JUSTICIA

Entre las principales se encuentran la Ley 23 de 1991, la Ley 448 de 1998, la implementación del desistimiento tácito con la entrada en vigencia de la Ley 1194 en mayo de 2008. Desde su creación esta medida ha permitido archivar más de 27 mil procesos que se encontraban inactivos en la ciudad de Bogotá. Y la Ley 1285 de 2009, por la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de Administración de Justicia. Así mismo se espera que la Ley 1395 de 2010 traiga con sí una mayor descongestión judicial, no obstante se requiere más que reformas legales encaminadas a la descongestión judicial para lograr cambios contundentes y materiales. Si bien el índice de evacuación parcial demuestra que en un año calendario salen más procesos de las Juzgados que los que entran, los atrasos históricos son tan marcados que se necesita mantener este índice por varios años para llegar de nuevo a un equilibrio, o punto cero. Esto, en cuanto a

que el índice de evacuación total, compuesto por los inventarios históricos y los que ingresan en el año, si bien ha tenido una evolución favorable (pasó del 38% en el 2008 al 48,4% en el 2009, con un crecimiento del 27%), evidencia que todavía hay un atraso de procesos acumulado que sobrepasa el 50% de los que han ingresado a los despachos judiciales. El espíritu de las reformas no es otro que prestar una justicia eficiente, de calidad y cercana a los ciudadanos, toda vez que nuestra justicia demora 1.346 días para resolver la controversia planteada, que se requieren 34 procedimientos y que el costo total del proceso equivale al 52 por ciento del total de las pretensiones. .”(xv)

Ante esta situación, se han adelantado otras iniciativas dirigidas a darle mayor celeridad y eficiencia a los procesos judiciales mediante la simplificación de procedimientos, la atribución de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas, la promoción de mecanismos alternativos de resolución de conflictos y la adecuación de la estructura de la rama judicial, entre otras.

La desjudicialización, por su parte, permitir resolver controversias en términos sustancialmente más cortos, reduciéndolos casi en un 80% a la vez que se garantiza la competitividad de los árbitros, el conocimiento de la materia, y sobre todo, el respeto al debido proceso. Mientras que los procesos judiciales tienen una duración promedio de 5 años, los tribunales de arbitramento dictan su fallo en un plazo máximo de 6 meses, prorrogables a voluntad de las partes o de los árbitros. Esto, sin perjuicio de que se pueda pactar un tiempo menor. En el arbitraje que versa sobre asuntos laborales, los pronunciamientos deben ser efectuados dentro de los 10 días siguientes a la audiencia inicial de trámite. El procedimiento está regulado, les otorga seguridad jurídica a las partes y se sujeta al debido proceso. “El desarrollo legal de la institución arbitral tiene un claro fundamento constitucional -ya referido-, que permite la atribución de funciones judiciales a los particulares. Dicha autorización no puede concebirse como una forma de limitar el derecho fundamental de acceso a la justicia que el propio ordenamiento superior reconoce a todos los ciudadanos; en primer lugar hay que recordar que cualquier regulación en materia de arbitraje debe fundarse en el respeto estricto de derechos fundamentales como el debido proceso y la igualdad entre todas las personas; por otro lado, en razón de que los árbitros -como los jueces ordinarios- deben (i) cumplir con términos perentorios y (ii) que sus pronunciamientos están sometidos a la revisión eventual por parte de otras autoridades además de contar con el poder vinculante de cualquier sentencia.” (C-014/10, C-060/01)

xv. <http://www.mincomercio.gov.co/econtent/library/documents/DocNewsNo8172DocumentNo137.PDF>

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos disminuyen entonces la carga laboral de los despachos judiciales e incrementan la eficacia del trámite de los procesos supeditándose además a las reglas mínimas garantistas del debido proceso y de los derechos fundamentales de los involucrados.

Otro factor a analizar son los costos del proceso ya que es necesario estudiar la común creencia de que el arbitraje es sustancialmente más caro y consiguientemente inaccesible para muchas personas.

Mientras que el promedio del costo de un proceso judicial asciende al 50% de las pretensiones de la demanda, en el arbitraje los honorarios están sujetos a límites máximos legales. Además, al ser un proceso de una duración muchísimo menor, esto también se ve reflejado en el costo total del procedimiento. Por otro lado, cuando en el arbitraje prospera una causal de anulación del laudo, en ciertos casos los honorarios deben ser devueltos, lo cual les da una garantía a las partes de que, en caso de que no se llegue a una solución de la controversia, la inversión económica no será perdida, situación que no ocurre bajo ninguna circunstancia en la justicia estatal en la que sin perjuicio de que las sentencias sean revocadas, anuladas o confirmadas por superiores, las costas del proceso y los honorarios de los abogados deben ser asumidos por alguna o ambas partes intervinientes. El Decreto 4089 de 2007 regula las tarifas máximas legales para árbitros, secretarios y centro de arbitraje con la finalidad además de garantizar y facilitar el acceso a la justicia particular por parte de la totalidad de los habitantes. Cabe resaltar, además, que las tarifas incluidas dentro de los reglamentos de centros de arbitraje están sujetas a aprobación por parte del Ministerio de Justicia. Finalmente, el Decreto 1818 (xvi) contempla la posibilidad de acudir a un amparo de pobreza siempre y cuando los asuntos sujetos a decisión sean de menor cuantía. En conclusión entonces, “el arbitramento es un instituto *“fundamental dentro de la administración de justicia” (C-225/10, C-186/11) más corto y más económico que el judicial*”.

6. DE LOS ASUNTOS SUJETOS AL ARBITRAMENTO

Mientras que el aparato jurisdiccional estatal está facultado para conocer todo tipo de asuntos, cualesquiera que sea su naturaleza, los árbitros están limitados a aquellos que estén sujetos a transacción (xvii). En otras

xvi. ARTICULO 128. Si el asunto es de menor cuantía o no versa sobre derechos patrimoniales, habrá lugar al amparo de pobreza en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil, y podrá ser total o parcial; si hay lugar a la designación de apoderado, ésta se hará a la suerte entre los abogados incluidos en la lista de árbitros del respectivo centro de conciliación. (Artículo 14 Decreto 2651 de 1991).

xvii. Ejemplos de esto serían los asuntos relativos al estado civil de las personas, así como a la capacidad de las mismas en casos de patria potestad, adopción, guardas. Así mismo todo lo que involucre normas de imperativo cumplimiento también conocidas como orden público en cuanto a que afectan el interés general, la moral y las buenas costumbres. También se excluyen los derechos y garantías mínimas en materia laboral, ámbito en el cual el arbitraje solo es viable en cuanto se trate de pactos colectivos, los asuntos derivados de la acción penal salvo en pocas excepciones y finalmente los asuntos que están legalmente excluidos entre los cuales se cuenta, por ejemplo, la impugnación de actos societarios. Todos los anteriores ejemplos fueron citados por Rodrigo Becerra. Ob Cit.

palabras son arbitrables las controversias entre personas capaces de transigir, es decir, sujetos con capacidad de ejercer y disponer de derechos por sí mismos (Becerra, 1987). Se concluye entonces que cuando la materia no es disponible no es transigible.^{xviii} Por otro lado, en su trabajo de posesión como miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, el Dr. Rodrigo Becerra Toro aclara que únicamente son arbitrables los conflictos determinados o determinables, presentes o futuros, contenciosos y patrimoniales, razón por la cual en la cláusula compromisoria siempre se identificará la fuente de la relación causal por la cual se celebra el contrato arbitral, sin perjuicio de que pueda predicarse una universalidad de dicho pacto respecto a ciertos negocios o situaciones en particular. (Becerra, 2007)

No obstante en la doctrina (Becerra 2007; Morales 1987, Gamboa 2007), y a falta de normatividad reguladora del asunto, se ha suscitado una controversia con respecto a la facultad de los árbitros de decidir sobre ciertos asuntos que requieren trámites posteriores al laudo arbitral. Esto en virtud de la facultad transitoria de los árbitros. Entre aquéllos, se incluyen los conflictos constitutivos o de condena insatisfechos, como por ejemplo el proceso de pertenencia (por tener repercusiones erga omnes), la liquidación de perjuicios, los casos que se resuelven con conocimiento de causa o breve o sumariamente, o a criterio del juzgador; el deslinde, el pago por consignación (en cuanto a que como no versa sobre dominio u otro derecho real no se puede decretar el secuestro de bienes), la división de bienes comunes (la cual en principio si bien podría ser decretada por los árbitros no habría quien la efectuara justamente por la disolución del tribunal de arbitramento), la rendición de cuentas y los actos posesorios de perturbación. (Becerra, 2007)

Sin embargo la “transitoriedad”, condición impuesta por el mismo constituyente^{xix}, no debería entenderse terminada al momento de dictar el laudo sino al momento del cumplimiento de lo dispuesto en el mismo en cuanto a que de que poco sirve llevar y juzgar un proceso cuando su resultado no puede ser exigido por quien lo falló.

xviii . La Corte Constitucional ha identificado, a lo largo de sus providencias, varios tipos de asuntos que están reservados a la jurisdicción permanente del Estado. En la sentencia C-242 de 1997 la Corte señaló que no pueden someterse a decisión arbitral los temas relacionados con el estado civil de las personas. En la sentencia C-294 de 1995, se indicaron como ejemplos de asuntos no sujetos a transacción: las obligaciones amparadas por leyes “en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres”, al tenor del artículo 16 del Código Civil; las cuestiones relacionadas con los derechos de los incapaces; o los conflictos relacionados con derechos de los cuales la ley prohíbe a sus titulares disponer. En la sentencia C-330 de 2000, se mencionó como sustraído de decisión arbitral el conjunto de derechos mínimos de los trabajadores. Y para los efectos de lo que interesa al presente proceso de constitucionalidad, la Corte ha reiterado que, en lo esencial, los asuntos disponibles son aquellos que se refieren a obligaciones de contenido económico. Así se explicó en la sentencia C-294 de 1995, en la cual la Corte, al pronunciarse sobre la posibilidad de adelantar juicios ejecutivos por medio de tribunales arbitrales, explicó que las obligaciones que se pueden exigir ejecutivamente son las de contenido económico, que se rigen por el principio de autonomía de la voluntad; al ser transigibles, dijo la Corte, se pueden incluir en el pacto arbitraje.

xix. En relación con los miembros de los tribunales de arbitramento, la Corte Constitucional ha manifestado que es un mecanismo de acceso a la administración de justicia de acuerdo con las siguientes características: “(i) es uno de los instrumentos autorizados para que los particulares puedan administrar justicia; (ii) está regido por el principio de habilitación o voluntariedad, pues el desplazamiento de la justicia estatal por el arbitramento tiene como fundamento “un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes “. Además (iii) el arbitramento es temporal, pues la competencia de los árbitros está restringida al asunto que las partes le plantean.

Además, teniendo en cuenta el gran número y la importancia de conflictos jurídicos excluidos del arbitramento en virtud de la transitoriedad arbitral, es necesario que los árbitros conserven su competencia por un tiempo razonable después de haber dictado el laudo para así poder incluir un mayor número de asuntos dentro de las temáticas arbitrales.

Es importante aclarar que en ningún momento se estaría vulnerando la disposición constitucional en cuanto a que la transitoriedad seguiría siendo un requisito esencial de la competencia de los árbitros, no obstante y en aras de darle sentido y ampliar el alcance del proceso mismo, ésta sería dilatada temporalmente para garantizar el efectivo cumplimiento del laudo. Su extensión promovería el real cumplimiento de lo fallado en el proceso. El Magistrado Eduardo Cifuentes se pronunció con respecto a lo anterior “Según el artículo 116 de la CP., la ley puede transitoriamente atribuir la función jurisdiccional a particulares que obren como árbitros o conciliadores. En el Estado social de derecho, los particulares colaboran de variadas maneras en el desarrollo de las funciones y fines estatales....En segundo término, la paz y el orden público, se pone en peligro si a los particulares, así obren como conciliadores o árbitros, se les atribuye directamente la facultad de disponer del poder coactivo. No es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a árbitros y conciliadores.” (T-057/95) Sobre lo anterior, en primer lugar, la competencia seguiría siendo transitorio sin perjuicio de que gozaría de una mayor prolongación y, en segundo lugar, con respecto a la disposición del poder coactivo, éste es necesario para el adecuado cumplimiento de la finalidad del arbitraje, ya que si bien el laudo presta mérito de cosa juzgada y de título ejecutivo, no tiene sentido que después de finalizado el proceso arbitral sea necesario acudir a la justicia estatal con el fin de hacer exigibles las disposiciones contenidas en éste en cuanto a que esto atentaría contra la celeridad, la eficacia de la justicia así como contra la esencia misma del arbitraje. En otras palabras, por la razón de ser del arbitraje, por la finalidad que este mecanismo cumple dentro del Estado y por su directa relación con el acceso a la justicia resulta ilógico que quienes opten por seguir este procedimiento no dispongan de la garantía absoluta de que lo que se decida en el proceso efectivamente será cumplido por las partes.

Por otro lado, tiene sentido que los asuntos que versen sobre el interés general y los que afecten el orden público permanezcan dentro del monopolio de la justicia estatal en cuanto a que sería violatorio del debido proceso y de los principios fundamentales del Estado social de derecho, que árbitros escogidos y habilitados por partes determinadas, se pronunciaran con respecto a conflictos que afecten a toda la comunidad. Sin embargo, la anterior no sería cierto de los casos no transigibles de interés particular en cuanto a que coexistiendo los principios de habilitación y voluntariedad de las partes, no se encuentra razón alguna para impedir que éstos acudan a la justicia privada siempre que este proceso pueda resultar beneficioso y

eficiente, y consiguientemente, proporcionaría una mayor cercanía a la administración de justicia. Además, teniendo claridad con respecto a las calidades, requisitos, y demás características exigidas por la gran mayoría de Centros de Arbitraje como condiciones para ingresar en las lista de árbitros de las mismas, la justicia se estaría impartiendo por personas igual - o incluso más- competentes y con mayor conocimiento sobre áreas específicas, que los mismos jueces. Así mismo, dentro de la normatividad que rige el arbitraje se comprenden las mismas causales de inhabilidades, incompatibilidades y recusaciones que las aplicables a los jueces.

La transigibilidad es una restricción con respecto a la accesibilidad a la justicia y un aumento en la congestión judicial.

En este orden de ideas, el legislador debería ampliar el campo de acción de los asuntos arbitrables a aquellos no transigibles que no afecten el orden público ni se encuentren protegidos por la esfera del interés general. Con respecto a lo anterior la Corte Constitucional se pronunció afirmando que “El que los asuntos susceptibles de transacción sean los únicos que pueden someterse a la justicia arbitral es tema que le compete al legislador determinar. Este puede decidir que ello sea así, o decidir que tal criterio desaparezca del ordenamiento jurídico como delimitador de la competencia de la justicia arbitral, tal y como lo hizo en la Ley 1285 de 2009, avalada en este punto por la Corte Constitucional. Y lo puede hacer de dos maneras: de forma general y abstracta, como lo hizo en el artículo 6º de dicha Ley, o en casos puntuales, definiendo que un determinado asunto es o no transigible.” (C-014/10). (xx)

Por ejemplo, uno de los casos en los cuales el legislador ha permitido un cambio sobre la materia de conocimiento de los árbitros, es la acción de impugnación de los actos societarios de las denominadas SAS. "Dada la (i) libertad de configuración legislativa en materia de competencias jurisdiccionales y de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, (ii) teniendo en cuenta que la regla de asignación de competencia a los árbitros y a los amigables compondores para poder conocer los conflictos societarios sobre decisiones de las asambleas o juntas directivas de las SAS -de pactarse en los estatutos- no vulnera normas constitucionales de asignación de competencias judiciales ni de limitación de las materias propias de los MASC, y (iii) considerando que el legislador ordinario -sin restricción estatutaria- puede definir los asuntos a ser resueltos a través de arbitramento o amigable composición sin más valla que la Constitución y

xx. De este análisis se deriva para el caso concreto lo siguiente: en su momento se consideró que la impugnación de decisiones de la asamblea o junta de socios de las sociedades tipificadas en el Código de Comercio debía necesariamente tramitarse ante los jueces, aunque se hubiese pactado cláusula compromisoria, porque dada su importancia se le percibía como un asunto no susceptible de transacción. Frente al nuevo tipo societario conocido como Sociedad por Acciones Simplificada, se tiene que el requisito estatutario según el cual los asuntos sometidos a decisión arbitral sólo pueden ser aquellos susceptibles de transacción ha sido modificado en la Ley 1285 de 2009. Pero además, es perfectamente posible que el Legislador considere que dicha materia, del ámbito de las relaciones comerciales, deje de ser considerada asunto de orden público y se permita discutir y resolver en el ámbito de la autonomía de la voluntad y los MASC, de pactarse en los estatutos de las SAS

los límites a la autonomía de la voluntad expresada en normas de orden público, la disposición demandada del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008 no viola regla alguna de las competencias de los jueces estatales, al haberse determinado en dicha norma que los conflictos societarios de las SAS, en las condiciones ya expuestas, son susceptibles de librarse al ámbito propio de los mecanismos de auto resolución de conflictos señalados, por considerarse materia disponible o de la esfera de la autonomía de la voluntad que se ejerce en la actividad comercial de las SAS. Así, no vulnera el principio debido proceso, en la garantía del juez competente. "(C-014/10)

Sobre lo anterior, la Academia Colombiana de Jurisprudencia afirmó que: "Por tratarse de una habilitación voluntaria, originada en el principio de libre iniciativa de la voluntad, existe un amplio margen de configuración legislativa que sólo puede desvirtuarse con una inconstitucionalidad manifiesta, que no se percibe en este caso." Esto, refiriéndose a que el requisito de asuntos transigibles del arbitraje no es constitucional sino legal y por ende puede ser modificado. (Concepto de ACJ C-014/10)

7. DE LOS ERRORES DEL DECRETO 1818 Y DE SU REFORMA

El Decreto 1818 de 1998, estatuto compilatorio de normatividad reguladora de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, presenta problemas tanto de forma como de fondo.

En cuanto a las complicaciones formales, dicho Decreto contiene normas que incluso al momento de su compilación, no estaban vigentes. Sin embargo, este problema ha sido discutido y dirimido por la Corte, la cual se encargó de asegurar que " las normas que por errores en el estudio de recopilación y vigencia se incluyeron en el Decreto 1818 de 1998 no obstante encontrarse derogadas, no recuperan por ello su vigencia, aunque es necesario aceptar, conforme a la intención expresada por el Gobierno, que su inclusión puede inducir a equívocos para las personas que entren a consultar el estatuto, por lo que este despacho no se manifiesta en contra de una resolución de la H. Corte tendiente a eliminar del mismo las normas que en apartes posteriores sean efectivamente consideradas ajenas al ordenamiento jurídico vigente". (C-748/99) Para evitar tales equívocos se hace entonces indispensable que se redacte un nuevo Estatuto con normas esencialmente vigentes, o en su defecto, que se eliminen de manera definitiva del actual Decreto.

Ahora, con respecto a los aspectos de fondo, si bien las cuestiones que se estudiarán a continuación no han sido considerados hasta ahora como problemas en el sentido estricto de la palabra, sí se propone su reforma en cuanto a que se entienden como obstáculos innecesarios dentro del procedimiento y que a su vez son

violatorios de la esencia del pacto arbitral ya que desconocen los principios de voluntariedad, de habilitación y la finalidad natural de este mecanismo: la administración de justicia extrajudicial.

Estos aspectos, íntimamente relacionados con las causales de terminación del laudo arbitral, son por un lado, el no pago de honorarios por una de las partes, y, por el otro, la finalización intempestiva del proceso derivada de la declaración de extinción de los efectos del pacto arbitral como consecuencia de la in-adhesión, no comparecencia, o imposibilidad de notificación a terceros para quienes el laudo genere efectos de cosa juzgada.

Con respecto al primer escenario es inadmisibles que el proceso arbitral se paralice y además se dé por terminado por la falta de pago de honorarios en cuanto a que dicho espacio podría ser utilizado como mecanismo de repudio del pacto y negación de las obligaciones generadas en virtud del mismo.^(xxi) Este precepto permite a una de las partes desconocer el alcance y la observancia del pacto y desistir de la justicia arbitral por el no pago de honorarios. Si bien se admite que la contraparte haga el pago correspondiente al deudor y después repita contra éste, dicha situación vulnera el derecho a la igualdad y al debido proceso en cuanto a que solo aquellas partes que tengan la capacidad económica para hacer un pago “doble” podrían hacer efectiva la cláusula o el compromiso, que de por sí ya implica una obligatoria vinculación sin perjuicio de que las partes conjuntamente renuncien a él, caso en el cual no habría una vulneración de ningún tipo. Esta circunstancia se daría, por ejemplo, si ninguna de las partes pagase los honorarios. Por consiguiente, esta situación no sería reprochable.

Por otro lado, en lo relativo a la intervención de terceros, tampoco es admisible que si las partes conjuntamente han acordado acudir a la justicia arbitral, y si el pacto está libre de vicios, a dichas partes se les vea menoscabado su derecho de acceso a la justicia privada por la no comparecencia de un tercero.^(xxii)

xxi Los gastos y honorarios al Tribunal de Arbitramento deben ser consignados dentro de los diez días siguientes.

En cuanto a la terminación del trámite arbitral, por no consignarse los gastos y honorarios del Tribunal, el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, estableció que en firme la regulación de gastos y honorarios, cada parte consignará, dentro de los diez (10) días siguientes lo que a ella corresponda. El depósito se hará a nombre del Presidente del Tribunal, quien abrirá una cuenta especial, vencidos los términos previstos para efectuar la consignación total, si esta no se realizare, el Tribunal declarará mediante auto concluidas sus funciones y se extinguirán los efectos del compromiso, o los de la cláusula compromisoria para este caso, quedando las partes en libertad de acudir a la justicia ordinaria.

xxii ARTICULO 149. Cuando por la naturaleza de la situación jurídica debatida en el proceso, el laudo genere efectos de cosa juzgada para quienes no estipularon el pacto arbitral, el Tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que adhieran al arbitramento. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su expedición. Los citados deberán manifestar expresamente su adhesión al pacto arbitral dentro de los diez (10) días siguientes. En caso contrario se declararán extinguidos los efectos del compromiso o los de la cláusula compromisoria para dicho caso, y los árbitros reintegrarán los honorarios y gastos en la forma prevista para el caso de declararse la incompetencia del Tribunal. Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados.

Si los citados adhieren al pacto arbitral, el Tribunal fijará la contribución que a ellos corresponda en los honorarios y gastos generales. (Artículo 30 Decreto 2279 de 1989, modificado en su inciso 2 por el artículo 109 de la Ley 23 de 1991, y modificado en el inciso 3 por el artículo 126 de la Ley 446 de 1998).

Teniendo en cuenta que el arbitraje se rige supletivamente por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, se propone eliminar este obstáculo y adoptar una norma que permita la satisfacción de los objetivos pactados inicialmente al momento de la suscripción del pacto para las partes intervinientes. Se podría, entonces, optar por el nombramiento de un representante del tercero o por inclinarse por una tesis que reconozca una obligatoria vinculación al proceso en virtud de la habilitación indirecta.

DE LA ESENCIA DEL ARBITRAJE Y DE LOS EFECTOS DE LA REFORMA PROPUESTA

Para la procedencia del arbitraje, tanto por medio de una cláusula compromisoria como por un compromiso arbitral, se deben cumplir ciertos requisitos inherentes al pacto mismo.

Sin perjuicio de los requisitos de capacidad, el pacto debe ser un acuerdo de voluntades libre de vicio que a su vez habilita directa o indirectamente a un número impar de árbitros para pronunciarse acerca de una controversia presente o futura. Es decir, que se encuentran implícitos los principios de voluntariedad y habilitación. Además, por ser un proceso administrador de justicia, los procedimientos adoptados por las partes o por los centros deben necesariamente sujetarse al debido proceso y a los demás principios y derechos constitucionales consagrados en la Carta. Por otro lado el precepto constitucional antes estudiado (Art. 116) faculta a los particulares para impartir justicia de manera transitoria, convirtiendo así la normatividad restante en potestades a juicio del legislador, que de ser alteradas o reformadas, no cambiarían de forma alguna la esencia del arbitraje y su permiso constitucional. En otras palabras, al introducir las reformas propuestas no se estaría vulnerando de forma alguna la esencia del arbitraje, sino que por el contrario se estarían generado una ampliación dentro del campo de aplicación del mismo, propiciando a su vez un mayor alcance en la administración de justicia, una menor impunidad, un incremento en la protección y garantía de los derechos individuales y colectivos y finalmente una materialización directa de los principios que rigen el Estado social de derecho, especialmente del de la Justicia.

CONCLUSIONES

Es deber del estado garantizar la impartición de justicia y la observancia y cumplimiento de los derechos, deberes y en general de todas las reglas de comportamiento. En vista de la incapacidad y saturación del sistema judicial estatal de cumplir con dichas obligaciones, es apenas lógico que se promueva y facilite el acceso a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en los términos antes propuestos. Primero, por las ventajas en cuanto a la duración, los procedimientos, la flexibilidad y la celeridad propios del proceso arbitral. Segundo, porque permite un acercamiento a la justicia por parte de los ciudadanos y por consiguiente una mayor garantía de protección a sus derechos y, tercero, por las repercusiones directas que

tiene este mecanismo en cuanto a que propicia la competitividad del país, la inversión extranjera, el crecimiento económico y por consiguiente el desarrollo en términos sociales, económicos y culturales de Colombia.

En este orden de ideas se hace entonces necesaria una reforma al Decreto 1818 a seguir:

1. Ampliar el campo de acción del arbitraje a los asuntos no transigibles siempre y cuando éstos versen sobre asuntos de interés particular, tales como el estado civil, la adopción, las guardas, los contratos laborales individuales para así, de garantizar un pronunciamiento efectivo, rápido y sujeto al debido proceso y a los demás principios rectores de la administración de justicia.
2. Interpretar el concepto constitucional de “transitoriedad” de manera más extendida para efectos de expandir la competencia arbitral hasta el momento de cumplimiento de lo fallado en el laudo arbitral y posibilitar así la inclusión de asuntos que requieran de tramites posteriores al laudo o que requieren de un poder más amplio por parte del árbitro , tales como la liquidación de perjuicios, el embargo arbitral, los casos que se resuelven con el conocimiento de causa breve, sumaria o criterio del juzgador, el deslinde, el pago por consignación, la división de bienes comunes, la rendición de cuentas y los actos posesorios. Lo anterior con la finalidad de garantizar el cumplimiento de lo fallado en el laudo y de acortar tiempo y costos en recurrir a la justicia ordinaria para hacer exigir la observancia del laudo.
3. Eliminar las normas no vigentes, contenidas actualmente en el Decreto 1818 de 1998.
4. Derogar los artículos 144 y 149 del Decreto 1818.
5. Consiguientemente, modificar los artículos 163 y 170 del mismo Decreto en virtud de las modificaciones propuestas a la transigibilidad de la materia y a las causales de terminación del laudo, respectivamente.

BIBLIOGRAFIA

Sentencias

- Sentencia C-748/99. Expediente # D-2255 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fecha 6 de octubre de 1999. Corte Constitucional.
- Sentencia T-522/94. Expediente # T-42209. MP. Antonio Barrera Carbonell. Fecha 22 de noviembre de 1994. Corte Constitucional
- Sentencia C-014/10. Expediente #D-7784. MP. Mauricio Gonzales Cuervo. Fecha 19 de enero de 2010. Corte Constitucional.
- Sentencia. C- 186/11 Expediente # 8826. MP. Humberto Sierra Porto. Fecha 16 de marzo de 2011.
- Sentencia C-893/01 Expediente # 3399. MP. Clara Inés Vargas Hernández. Fecha 22 de agosto de 2001
- Sentencia C-060/01 Expediente #D3089. MP. Carlos Gaviria Díaz. Fecha 24 de enero de 2001.
- Sentencia T-057/95 Expediente # T-49986. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fecha 20 de febrero de 1995.

- Sentencia C-225/10 Expediente RE-140. MP. Clara Elena Reales Gutiérrez. Fecha 7 de octubre de 2010.

NORMATIVIDAD

- Constitución Política de 1991
- Decreto 2279 de 1989
- Ley 23 de 1991
- Ley 446 de 1998
- Decreto 1818 de 1998
- Decreto 4089 de 2007
- Ley 1194 de 2008
- Ley 1285 de 2009
- Ley 1395 de 2010
- Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

LITERATURA, ARTICULOS, ESTUDIOS, REPORTAJES

- Diccionario de la Real Academia Española. Novena Edición. Editorial Espasa. 2010.
- Tulio Alberto Alvarez. Dominio Ulpiano. La Institutas de Justiniano. Título I. De la Justicia y el Derecho. Publicaciones UCAB. Caracas. 2010.
- Sierra Porto. Humberto. La Administración de Justicia en el Estado Social De derecho. jurid. Manizales (Colombia), 5(1): 189 - 207, enero-junio 2008.
- PRESIDENTE DE LA HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
- Recibido el 06 de junio y aprobado el 01 de julio de 2008
- Becerra Toro, Rodrigo. El Pacto Arbitral. Cali. 20 de abril de 2007. Trabajo de posesión como miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Morales Molina Hernando, Curso de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, Editorial A- B – C-, Bogotá, 1987. Citado en Becerra Toro obCit.
- Gamboa Rafael H, La intervención de terceros en el proceso arbitral. Citado en Becerra Toro obCit.
- Becerra Toro Rodrigo, Obligaciones Civiles, Editorial Temis, Bogotá, 1987. Citado en Becerra Toro obCit.
- The World Bank Group. Doing Business 2010. Washington. Estudio sobre cumplimiento de contratos por vía judicial disponible en <http://espanol.doingbusiness.org/~media/FPDKM/Doing%20Business/Documents/Methodology/Survey-Instruments/DB11-Enforcing-contracts-survey.pdf>
- Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría. Observatorio Legislativo. Boletín #133. Mayo 28 de 2009. Disponible en http://www.icpcolombia.org/observatorio_d.php?Boletin=133.
- Portal de Internet de la Rama Judicial. Indicadores del sistema judicial. http://www.ramajudicial.gov.co/csj/index.jsp?cargaHome=3&id_subcategoria=948&id_categoria=359
- Vargas Lleras, German. "La justicia Colombia tarda 3 años en resolver una disputa". Publicado el 3 de mayo de 2011. Disponible en <http://germanvargasllerasmij.blogspot.com/2011/05/la-justicia-colombiana-tarda-mas-de-3.html>
- Sala de prensa de Ministerio de Turismo, Industria y Comercio. "Urgen descongestión judicial para dinamizar negocios en Colombia". 29 de mayo de 2011. Disponible en <http://www.mincomercio.gov.co/econtent/verimp.asp?id=8128&IdCompany=1>
- World Economic Forum. The Global Competitiveness Report 2010-2011. Ginebra, Suiza 2011. Disponible en http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2010-11.pdf
- Eficiencia y Eficacia: criterios rectores de la Justicia. Informativo del Departamento de Planeación Nacional y el Ministerio de Comercio. Publicado en Enero de 2011. Disponible en <http://www.mincomercio.gov.co/econtent/library/documents/DocNewsNo8172DocumentNo137.PDF>